

SEÇÃO CRIMINAL

As causas de justificação de crimes e o utilitarismo no Código Criminal do Império

Marco Antonio de Barros^(*)

Procurador de Justiça aposentado – SP

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Alguns aspectos históricos e sociais que influenciaram a edição do Código. 3 – A sentida influência da Teoria do Utilitarismo. 4 – O utilitarismo Benthaniano. 5 – A perfeita sintonia entre a teoria e os institutos do Código. 6. Má-fé (dolo) 6.1 A má-fé: questão de fato ou questão de direito? 6.2 A má-fé e a menoridade. 6.3 A má-fé e a imprevisão do crime culposos. 7 – Crimes justificáveis (excludentes). 8 – As causas de justificação no Código do Império. 9 – Repulsão de um mal mais grave. 9.1 Estado de necessidade. 9.2 O balanço de bens. 10 – Justificação dos crimes em defesa. 11 – Resistência à execução de ordem ilegal. 12 – A justificação do castigo. 13 – Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Nesta pesquisa sobre as “causas de justificação” – modernamente chamadas de excludentes de criminalidade – e sobre outras questões que com elas guardam alguma relação, dirigimos nossa atenção ao estudo dos critérios adotados pelo legislador de 1830, ano em que foi promulgado o Código Criminal do Império.

O estudo do nosso antigo direito – ainda que tenha por base apenas um determinado instituto da ciência penal e limitado a um certo período de sua vigência –, proporciona ao pesquisador projetar em sua mente um caminho antes ignorado, o qual, a um só tempo, facilita a compreensão do direito presente e ainda serve de subsídio à necessária reflexão sobre pontos que reclamam aperfeiçoamento para melhor atender aos interesses da sociedade moderna.

(*) Coordenador do Curso de Direito da UNIFMU. Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Se o pequeno conjunto de idéias e pensamentos a seguir expostos produzir alguma reflexão que seja proveitosa aos estudiosos do Direito Penal, sobretudo nestes tempos em que novamente se coloca em pauta a discussão sobre a necessidade de se empreender substancial reforma do Código Penal, nos daremos por plenamente satisfeitos nesta singela empreitada.

2. Alguns aspectos históricos e sociais que influenciaram a edição do Código

As duas décadas iniciais do século XIX ficaram marcadas por movimentos que exprimiam o sentimento generalizado de que o Brasil precisava romper de vez com as tradicionais bases jurídicas ordenadas por Portugal, as quais vinham sendo mantidas entre nós ao longo do período colonial.

Já não se queria mais aplicar as regras das Ordenações do Reino (Filipinas, Livro V), tidas pela doutrina da época como *libri terribilis*, sobretudo porque continham disposições atinentes a crimes com definições jurídicas obscuras, tais como a heresia e a apostasia, além de prever a aplicação de penas inegavelmente severas e ainda permitir a utilização da tortura para obtenção de confissões.

Acima de tudo, as disposições das Ordenações Filipinas conflitavam com a absorção do liberalismo tão vivamente pregado pelos revolucionários franceses e norte-americanos da época, cujo sistema, até certo ponto, tinha sido acolhido pela Constituição de 1824.

É certo que o costume posto em prática na época pendia para uma outra realidade, pois *liberté, égalité e fraternité* não eram princípios pregados em prol de todo o povo brasileiro, mas somente em favor da sociedade civil burguesa, mais especificamente para atender os interesses dos proprietários de terras e de escravos.

Por isso, no comum das relações sociais e no aspecto ideológico, era ainda evidente o alijamento das massas populares, visto assentar-se a base socioeconômica numa estrutura escravista. Para as elites brasileiras (burguesia agrária), o liberalismo significava apenas a desvinculação dos laços coloniais e não uma perfeita sintonia com a liberdade pessoal apregoada pelo universalismo liberal-revolucionário.⁽¹⁾

De qualquer modo, a Constituição já outorgada pelo Imperador (por ato de 25 de março de 1824), representou um grande avanço para os costumes da época. Tome-se como exemplo o contido no seu Título VIII, que versava sobre as "disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros".

Consoante o artigo 179 daquela Carta, além de outros direitos constitucionais que resguardavam a liberdade e a própria cidadania brasileira,

(1) Sobre esse tema, ver "Estado e burguesia no Brasil. Origens da autocracia burguesa", de autoria de Antonio Carlos Mazzeo. pág. 120

cujas solidez principiava a ser esboçada após a declaração de independência, podemos destacar os que se seguem:

a) ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública (item 5^a);

b) ninguém pode ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e, nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as (item 8^a);

c) ainda que com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei admite, e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto (9^a);

d) ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita (11);

e) a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um (13), não tendo efeito retroativo a sua disposição (3^a);

f) também ficou determinado que nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente e aboliu-se a transmissibilidade da pena aos parentes (n^o 20);

g) ainda pela Constituição, ficavam abolidos os castigos físicos refratários dos direitos humanos, tais como açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis (n^o 19).

Buscando dar efetividade a esse novo clima de valorização e respeito aos direitos que hoje chamamos de fundamentais, o legislador da época ainda preocupou-se em consignar, de forma expressa, que se fazia necessário organizar, quanto antes, um Código Criminal (e o Civil também), fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade (n^o 18 do art. 179 da Constituição de 1824).

Nesse passo, oportuno destacar que a inserção da lei penal em nosso ordenamento jurídico contou com apoio manifesto do Imperador, D. Pedro I, autor de reiterados pedidos dirigidos à Câmara dos Deputados e ao Senado para que discutissem e votassem tal diploma.

Prova disso encontra-se na "Fala do Trono" (oração com que o Imperador abria e encerrava a sessão legislativa, denominada pela Constituição Imperial de "sessão imperial de abertura") de 3 de maio de 1827, por via da qual D. Pedro I assim pregou:

"Não há código, não há forma apropriada às luzes do tempo nos processos, as leis são contrárias uma às outras, os juízes vêem-se embaraçados nos julgamentos, as partes padecem, os maus não são punidos... eu exijo desta assembléia que estas divagações sejam, aproveitando o tempo, fazendo aquelas leis, que a Constituição a cada passo nos está mostrando serem necessárias e indispensáveis para ela ser literalmente executada"

Apenas para constar, em breve resumo, em 1828 formou-se uma Comissão mista da Câmara e do Senado, a qual decidiu adotar, como base do projeto do Código, o trabalho apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos (havia um outro anteprojeto de autoria de José Clemente Pereira, que teve muitos de seus pontos aproveitados pela Comissão). Afinal, após dois anos de debates, o projeto foi encaminhado para ser sancionado pelo Imperador.

Aliás, nesta curtíssima resenha feita sobre personagens de vulto que empenharam-se na edição do Código Criminal do Império, cabe acrescentar um parêntese para registrar que pouco tempo após ao início de sua vigência (o Código foi promulgado em 16 de dezembro de 1830 e publicado em 8 de janeiro do ano seguinte), D. Pedro I abdicou do trono (1831) e foi governar em Portugal. Como seu filho contava apenas cinco anos de idade, nos nove anos seguintes o Brasil foi governado por Regentes, até que em 1840, D. Pedro II assume efetivamente o trono.

Interessa destacar em complemento, também em poucas palavras, que um dos pontos do projeto que maior discussão gerou entre os congressistas foi o pertinente a manutenção ou não das penas de morte (para os crimes comuns) e de galés (para os delitos graves). Na verdade, os debates tinham por pano de fundo os interesses econômicos dos senhores rurais. A estes interessava manter sanções como o açoite, muito utilizada para coagir os escravos e continuar a usá-los nas atividades do campo.

Por fim a burguesia venceu e assim foram aprovadas as seguintes penas: a) morte (arts. 38 a 43); b) galés (previstas para os escravos, nos arts. 44 e 45); c) prisão com trabalho (art. 46 combinado com o art. 49); d) prisão simples (arts. 47 e 48); e) banimento (pena prevista no art. 50, porém, não imposta a crime algum); f) degredo e desterro (penas criadas com a intenção de proteger o senhorio acusado de crime sexual, arts. 51 e 52); g) multa (arts. 53 a 57); h) suspensão de emprego (art. 58); i) perda de emprego simples e perda de emprego com inabilidade (para os casos de peita e suborno, art. 59); j) açoites (aplicável a escravos, art. 60, abolida pela Lei nº 3.310, de 15 de outubro de 1886)

A simples indicação das espécies de penas ditadas pelo Código Criminal do Império, ao nosso ver, permitem esboçar o retrato de uma época do nosso

povo. A propósito disto, valemo-nos das sábias palavras de Rudolf von Ihering: "O Direito Penal é o ponto de união por onde passam os mais finos e tenros nervos, por onde passam as veias, e onde qualquer impressão, qualquer sensação se faz externamente perceber e notar; é o rosto do direito, no qual se manifesta toda a individualidade do povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza, em suma, onde se espalha a sua alma. O Direito Penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço de psicologia da humanidade".⁽²⁾

Diante desse quadro, é válido ainda afirmar que o Código Criminal do Império, ao menos no capítulo que tratou das penas, em face das sanções cruéis que ainda manteve, negou validade ao espírito iluminista encampado pela Constituição de 1824.

Certamente ainda não se tinha firmado o entendimento hoje inquestionável, no sentido de ser a Carta Magna a Lei de maior estatuto do País, pelo que não se permite a convivência com normas infraconstitucionais que a contrariem. Não foi assim naquela época.

Tal estatuto vigorou até o final do Império, sendo substituído por um outro diploma em 1890, então denominado de Código Penal, editado para atender aos anseios da nova era republicana (como se sabe, a Proclamação da República foi declarada em 15.11.1889).

3. A sentida influência da Teoria do Utilitarismo

O modelo liberal adotado pelo Estado brasileiro no período imediato à declaração de sua independência, de modo geral, influenciou todo o Direito Penal ditado naquela época, dando ensejo ao surgimento de novos critérios de punição e de repressão criminal.

Do ponto de vista legal, pode-se afirmar que a nova sistemática implantada nas primeiras décadas daquele século, teve o mérito de representar um grande passo da Nação brasileira em direção à tutela dos direitos humanos.

Ainda que se afirme que tal medida não tenha ultrapassado os estreitos limites de uma fase embrionária, sobretudo se a compararmos com o valor que hoje se atribui a tais direitos, o certo é que para o contexto sociocultural da época, o Código Criminal de 1830 ganhou *status* de obra jurídica merecedora de estudo por juristas e doutrinadores de outras nações mais civilizadas.

Partia-se da premissa de que um dos pilares fundamentais do Estado repousava na atividade de atender à felicidade geral, isto é, qualquer ação do

(2) "Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht" pág. 10, tradução de Tobias Barreto, *apud* Estudos de Direito II. "Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal", pág. 106.

governo, ou qualquer lei, devia ser dirigida no sentido de aumentar a felicidade do povo e nunca diminuí-la.

A própria Constituição de 1824 dispunha que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública” (art. 179, § 2º). Essa passou a ser a linha mestra e de finalidade das leis em geral. Tornou-se indispensável a compatibilidade do objeto da lei com o novo sistema jurídico ordenado pela Constituição.

Foi daí que referido princípio encontrou eco e respeito em várias passagens do Código Criminal do Império, como prova, a título de exemplo, o disposto no § 3º do art. 2º, ao dizer que configura crime ou delito⁽³⁾ “o abuso de poder sem que a utilidade pública o exija”. Logo se vê que toda ação de governo, ou de seus agentes, somente poderia produzir efeitos positivos quando nela estivesse presente o elemento que a caracterizasse como “socialmente útil”.

4. O utilitarismo Benthaniano

Esse sentido de “utilidade pública da lei” merece um comentário especial de nossa parte, se bem que conciso, pois limitado tão-somente ao âmbito do tema enfocado neste trabalho.

Pode-se dizer que o Código Criminal do Império é uma obra fortemente inspirada no chamado “princípio da utilidade”, cujo dogma foi idealizado por Jeremy Bentham, renomado pensador do início do século XIX, homem dotado de muitas luzes, e, por isso mesmo, prodigioso na formulação de conceitos inovadores, com os quais muito colaborou para o desenvolvimento filosófico da ciência penal.

De acordo com pronunciamento feito em meados daquele século, pelo lente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Francisco Bernardino Ribeiro, “*depois de Bentham as nações estão habilitadas para legislarem: as idéias de Bentham são até hoje, senhores, as balizas da sciencia. Os redactores do Codigo Penal de Napoleão, Fodéré, Rossi, Lucas, Bavoux, esclarecem certos pontos, e quanta luz não derramão sobre os progressos da penalidade! Mas não formárão systema novo, nem theoria especial. Foi nessas mesmas idéias que se baseou o Codigo Penal Francez. Na mesma theoria se baseou o nosso Codigo, que podemos com ufanía chamar em alguns respeito: – a ultima expressão da penalidade moderna*”.⁽⁴⁾

O próprio Relatório elaborado pela Comissão encarregada da redação final do Projeto do Código Criminal do Império, trazia a confissão expressa de

(3) O legislador fez questão de anotar que “crime ou delicto” eram palavras sinônimas (conforme art. 1º do Código).

(4) Thomaz Alves Júnior (bacharel em letras pelo Imperial Collegio de Pedro II, em ciências sociais e jurídicas pela Faculdade de Direito de São Paulo, lente catedrático da 2ª cadeira do 2º ano da Escola Militar do Rio Janeiro), em sua obra “*Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*” faz referência a esse trecho de discurso colhido na Minerva Brasileira – (pág. 46, nota 13, tomo I).

que aquele trabalho se baseara no artigo 179, § 2º, da Constituição do Império, do qual se extrai o princípio de que nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública, confissão esta vazada nos seguintes termos:

“Este principio, que evidentemente se deduz da natureza social e abraça as suas relações, claro em si mesmo, destruidor de todos os erros a que os dogmatisadores têm sido conduzidos no vasto campo das abstracções, respeitado mais ou menos por todos os legisladores, ainda quando mal fixado, é o regulador do projecto”.⁽⁵⁾

No dizer de Bentham, por “princípio da utilidade” entende-se aquele que aprova ou desaprova “qualquer ação”, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo.⁽⁶⁾

O foco principal desse princípio consistia na construção do “edifício de felicidade”, por meio da razão e da lei. Tanto isto é verdade que o próprio autor, para se livrar de obstáculos opostos por quem se recusava a aceitar as inovadoras idéias que cercavam tal princípio, em escritos posteriores, passou a denominá-lo de “princípio da maior felicidade”.⁽⁷⁾

Ao se referir à aprovação ou reprovação de qualquer ação, Bentham fez questão de acrescentar que pouco importava se o ato partisse de “um indivíduo particular” ou “de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes do governo”.

Por força dessa observação, toda medida de governo inclui-se no contexto de produção de felicidade. Vale dizer, em qualquer das hipóteses (particular ou de governo), a ação ou medida deve se submeter a uma avaliação que a aprove ou a desaprove, segundo aumente ou diminua a felicidade da comunidade. Daí a missão dos governantes consistir em promover a felicidade da sociedade, punindo e recompensando.

Ainda sob o enfoque da utilidade, Bentham discursou sobre o prazer e a dor, asseverando que a felicidade consiste em desfrutar prazeres e estar isento de dores.⁽⁸⁾ Para ele, a dor é uma forma de retribuição obrigatória ou necessária. Faz, porém, a ressalva no sentido de que a punição a ser imposta por conta do ato prejudicial deve ser proporcional à medida em que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida em que a tendência do referido ato seja perniciosa.

(5) Texto extraído da obra “*Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*”, de Thomaz Alves Júnior, tomo I, pág. 46.

(6) Para o conhecimento detalhado do “princípio da utilidade”, recomenda-se a leitura da obra de Bentham, denominada “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”.

(7) Conforme nota de rodapé nº 1, inserida em sua mencionada obra, com a indicação de que fora feita em 1822 (pág. 9).

(8) Ob. cit., pág. 25.

É claro que a sanção submete o punido à experiência da dor, seja ela física, moral ou psíquica. Somente o masoquista é capaz de se deleitar com o próprio sofrimento. Mas, ao comum dos homens, a punição não traz felicidade. Ao contrário, e assim também ressalta Bentham, “toda punição constitui um ato pernicioso, toda punição constitui, em si mesma, um mal”⁽⁹⁾.

Conseqüentemente, segundo o “princípio da utilidade”, a punição só se justifica se destinada a evitar um mal maior.

Noutras palavras, se não houver nenhum prejuízo a evitar; ou se for ineficaz, a ponto de não possibilitar que se evite a ocorrência do prejuízo; ou se for inútil ou excessivamente dispendiosa, de modo que supere o próprio prejuízo que se queira evitar; ou se for supérflua, porque se pode evitar o prejuízo por via menos dolorosa, a punição (ou o mal que lhe é ínsito) não deve se concretizar, tudo conforme apreendeu o culto pensador.⁽¹⁰⁾

Assim sendo, o sentido de justiça não pode se afastar desse critério objetivo de utilidade da medida sancionadora. Esta máxima vingou na melhor doutrina, e é com base nela que o Professor Miguel Reale Júnior, sustenta a existência de uma lei fundamental a presidir o Direito, nos seguintes termos: “é jurídico o que em sua tendência geral generalizadora é mais útil do que danoso à comunidade estatal, sendo antijurídico o que é mais danoso do que útil”⁽¹¹⁾.

5. A perfeita sintonia entre a teoria e os institutos do Código

Como se vê, as idéias desenvolvidas com o propósito de dar maior substância e aceitação ao princípio criado pelo próprio jurisfilósofo, na verdade, indicam que a finalidade suprema de toda ação de governo, ou das leis em geral, é a de promover a felicidade geral da sociedade.

Foi esse o espírito que saiu vitorioso na elaboração do Código Criminal do Império, cujo diploma, repita-se, representou grande avanço para os padrões culturais do início do século XIX. A acolhida que o legislador deu à teoria do utilitarismo resta evidente em vários dispositivos, dos quais são exemplos os que passamos a destacar nos tópicos seguintes.

6. Má-fé (dolo)

O Código sublinha as condições positivas de criminalidade no artigo 2º, assim dispondo: julgar-se-á crime ou delito toda ação ou omissão voluntária às leis penais (§ 1º), bem como a ameaça de fazer algum mal a alguém (§ 4º).

(9) Ob cit. pág. 65

(10) Ob cit. pág. 65

(11) Antijuridicidade concreta

E ao lado disto, em outros preceitos dita as condições negativas, ora excluindo, ora atenuando a criminalidade.

O ponto inicial a destacar diz respeito à *voluntas* do agente. No campo da intencionalidade o legislador subscreveu os ensinamentos de Bentham, para quem os atos, juntamente com as suas conseqüências, constituem objeto da vontade bem como da inteligência. Assim, a intenção de uma pessoa, em qualquer ocasião, pode ser denominada de boa ou má, quer se refira às conseqüências do ato, quer se refira aos seus motivos.

Por isso, à “consciência” pertence o que se pode e deve dizer acerca da qualidade boa ou má da intenção de uma pessoa, conforme resulta das conseqüências do ato; e aos “motivos” o que se pode e deve dizer a respeito de sua intenção, conforme resulta do motivo, ou seja, o motivo pode levar à má intenção.

Desse modo, a ação maliciosa consciente, da qual resulte prejuízo, é de ser punida. É o que se infere, a contrário senso, de outro preceito ditado pelo Código Criminal do Império, segundo o qual, “não haverá criminoso ou delinquente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar” (art. 3º).

De acordo com entendimento doutrinário contemporâneo ao da vigência de referida norma, a sobredita má-fé corresponde ao *dolus* dos romanos (*mala voluntas*), ou seja, é um fenômeno psicológico que representa a correspondência da volição com um fim perverso.⁽¹²⁾

Partindo-se então da mencionada definição de crime (toda ação ou omissão voluntária e contrária às leis penais), firmou-se o entendimento de que o elemento da má-fé, conferia com o “conhecimento do mal”, e assim significava o conhecimento da violação do direito. Mas, ainda era necessário a “intenção de o praticar”. Vale dizer, a má-fé era o conhecimento do mal e o desígnio de o praticar.⁽¹³⁾

Convém insistir, para melhor fixarmos o verdadeiro alcance desse mal jurídico, que o crime doloso ainda não tinha alcançado os termos de sua atual definição, ou seja, ainda não se conceituava crime doloso como sendo aquele praticado quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.⁽¹⁴⁾ Entretanto, como apropriadamente assinalou o Professor Tobias Barreto, jurista que brilhou frente à cátedra da Faculdade do Direito de Recife, o dolo de que fala a doutrina e a má-fé exigida como condição psicológica da delinquência pelo artigo 3º, são uma e a mesma coisa.

(12) ARAÚJO. João Vieira de (lente catedrático de Direito Criminal, na Faculdade de Direito do Recife e juiz de direito avulso). “*Código Penal comentado teórico e praticamente*”, págs. 210-211.

(13) ALVES JÚNIOR. Thomaz. Ob cit. tomo I pág. 153.

(14) Conforme dispõe o artigo 18, I da “Nova Parte Geral do Código Penal” (1984).

Então, segundo essa concepção, entendia-se por dolo a direção voluntária para a prática de um ato ilegal, com a consciência dessa ilegalidade, a que correspondem perfeitamente o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo, de que trata o mencionado artigo. Não é o mal moral, nem o mal físico, nem outra qualquer forma de mal; porém somente o mal jurídico, resultante da ação da vontade individual contra a vontade geral expressa na lei.⁽¹⁵⁾

6.1 A má-fé: questão de fato ou questão de direito?

A bem da verdade, é preciso consignar que o preceito em espécie transformou-se em verdadeira *vexata quaestio* por não encontrar segura inteligência na jurisprudência da época. Sobretudo na solução dos crimes de competência do Júri, a constatação da má-fé, frente a diversidade dos casos concretos, tornou-se um grande dilema e fonte geradora de incerteza dos julgados.

As dúvidas de interpretação que pairavam sobre o dispositivo, notadamente em relação ao juízo de avaliação sobre a existência do “conhecimento do mal e intenção de o praticar” (elementos da má-fé), não raro contribuíram para um resultado absolutório imerecido.

Com o transcurso do tempo cresceu o debate sobre o teor de complexidade que os termos do artigo 3º representava para a perfeita compreensão dos jurados, visto que essa prática, segundo o consenso doutrinário daquela época,⁽¹⁶⁾ vinha gerando decisões que não contavam com a aprovação da sociedade. Foi daí que ganhou forças o questionamento sobre ser, ou não, necessária a formulação do seguinte quesito ao conselho: *O réo praticou o facto tal com conhecimento do mal e intenção de o praticar?*

Impunha-se dar um basta à incerteza que esse quadro gerou no âmbito do Judiciário. Até porque as dúvidas e críticas avolumavam-se a passos largos, chegando a envolver outras questões não menos importantes do Código. É o que podemos constatar na fala sempre aguda de Tobias Barreto, ao fazer alusão à correlação que passou a ser admitida entre o disposto no referido artigo 3º com as disposições do art. 10, cuja reprodução entendemos por bem fazer nesse momento:

“Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

§ 1º Os menores de quatorze annos.

§ 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos e nelles commetterem o crime

§ 3º Os que commetterem crimes violentados, por força ou por medo irresistiveis.

(15) BARRETO, Tobias. “Estudos de Direito II”. “Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal”, pág. 129

(16) Nesse sentido Thomaz Alves Júnior. Ob. cit., tomo I, págs. 154-155

§ 4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio ou pratica de qualquer acto licito, feito com atençaõ ordinaria”

Tobias Barreto incrementou o debate apresentando o seu entendimento após formular a seguinte indagação:

“A criminalidade só chega até onde chega a má-fé?

Uma e outra são idéias que se cobrem, que se ajustam em todos os pontos, como dois círculos, que têm igual diâmetro? Sim, ou não. No caso negativo, o princípio do Código é falso, ou pelo menos incompleto; no caso afirmativo, é o Código mesmo quem se incumbe de refutar a sua proposição, uma vez que, na parte especial, trata de crimes nos quais a má-fé não acompanha todos os momentos da delinquência.

Costuma-se dizer, e é hoje ponto assentado, que o artigo 3º não envolve questão de fato, mas de direito, e que a doutrina nele exarada se acha reproduzida nos artigos 10 e 13. Não há, no gênero, maior contra-senso. No artigo 10 estão, por exemplo, compreendidos os loucos, como livres de imputação criminal; a apreciação da loucura, em qualquer de suas formas e sintomas diferentes, envolverá porventura o que se costuma chamar uma questão de direito? Pergunto só para rir-me, visto que não há quem hesite seriamente em contestá-lo. Se, porém, me objetam que, não obstante o artigo 3º encerrar mera doutrina, são todavia as disposições do artigo 10 que contêm aplicações positivas, resta sempre a demonstrar, por que processo mágico – pois lógico não existe –, uma questão de direito naquele, sendo reproduzida neste artigo, se converte de repente em uma questão de fato.

Além disso, importa ainda notar uma outra inexatidão da teoria corrente. Se o artigo 10 reproduz, como se diz, a doutrina do artigo 3º que exige, como condições de imputabilidade, o conhecimento do mal e a intenção de o praticar, é difícil de compreender a aplicação deste princípio à hipótese do § 3º daquele mesmo artigo. Porquanto os “violentados por força ou por medo irresistível” têm conhecimento do mal que praticam mau grado seu; isto mesmo está contido no próprio conceito da violência. Não existe, pois, em tais casos a pressuposição de completa ausência de má-fé, segundo o Código definiu-a; e é um erro, por conseguinte, afirmar categoricamente, sem reserva e distinção alguma, que o princípio do artigo 3º se acha especificado nas hipóteses do artigo 10.”⁽¹⁷⁾

Indubitavelmente aflora, pela simples leitura desse texto, a dimensão das sérias consequências que advinham da apresentação da indagação que vale a pena repetir:

O réo praticou o facto tal com conhecimento do mal e intenção de o praticar?

(17) BARRETO, Tobias. “Estudos de Direito II”, “Menores e loucos”, págs. 46-47

Pois a resposta a dito quesito transformou-se em motivo de sério risco para segurança da Justiça, tanto que foi afinal expurgado da praxe forense, consoante entendimento majoritário da jurisprudência firmado com base na seguinte ementa: “*Constitue nullidade a irregularidade do quesito sobre justificabilidade do crime*” (Ac. Rel. Rio, 24 de julho de 1877, “O Direito”, vol. XIV, pág. 157).⁽¹⁸⁾

6.2 A má-fé e a menoridade

Outro ponto interessante que permite uma rápida menção neste contexto, diz respeito à inimizabilidade do menor (art. 10, § 1º), a qual não se afirmava como sendo uma presunção *juris et de jure* de absoluta imunidade, tanto que admitia prova em contrário, ou seja, uma vez provado que o menor de quatorze anos cometeu o crime obrando com discernimento, deveria ser recolhido à casa de correção, pelo tempo que o juiz determinasse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de dezessete anos (art. 13).

Logo, ao menos em tese, a lei permitia a punição de criança na esfera criminal. Mas essa amplitude encontrou certa resistência da jurisprudência, tanto que já se decidia que “*o menor de 7 annos, tratando-se de infante, por sua tenra idade, não podia ser julgado criminoso*” (“Revista Jur. dos Trib. III”, 14 de dezembro de 1864, pág. 234).⁽¹⁹⁾

Ainda pertinente a esse assunto, confira-se a ementa da seguinte decisão: “*Para que possa ser julgado no juízo da formação da culpa isento de responsabilidade o réo maior de 13 annos, e menor de 14 deve ser provada a causalidade do crime, e que obrou sem discernimento.*” (Ac. Rel. S. Paulo, 13 de agosto de 1875).⁽²⁰⁾

Releva consignar que o artigo e parágrafo enfocados excluem a aplicação de penas a menores. Porém, é de ser feita a ressalva de que seus bens ficam sujeitos à satisfação do mal causado (nos termos do art. 11).

Ora, à época do Código Criminal do Império, vigorava o princípio de que o mal causado pela prática de um crime não é somente de natureza moral, mas abrange também o dano causado, quer seja social quer seja individual. Por isso a sociedade tinha necessidade de satisfazer a ambos. Como a imposição de pena ao menor é vedada, já que ele não pode ser considerado agente responsável de um mal moral, admite-se a imposição da reparação do dano, ou do mal material causado, com o que se satisfaz parte da finalidade do Direito Penal.

Poderíamos continuar discorrendo sobre outras “causas de não imimizabilidade”, variando os argumentos para mencionar, como por exemplo a situação dos loucos de todo o gênero, que também “não serão julgados

(18) Anotação sobre o julgado extraída da citada obra de João Vieira de Araujo. Vol. 2, pág. 40

(19) Ver obra de João Vieira de Araujo. Vol. 1, pág. 270

(20) ARAUJO, João Vieira de. Ob. cit. vol. I, pág. 280

criminosos”, salvo se tiverem “*lucidos intervallos e nelles commetterem*” o crime (cf. § 3º do art. 10). Todavia, isto demandaria uma incursão sobre outras teorias que escapam dos estreitos limites do tema principal deste trabalho

6.3 A má-fé e a imprevisão do crime culposos

Se o artigo 3º – que como vimos versa sobre a má-fé – traz em si a definição de dolo, nenhuma alusão ele faz à culpa em sentido estrito. Com efeito, o crime culposos foi ignorado pelo legislador do Império. A disposição que mais se aproximou dessa modalidade de delito encontra-se no artigo 18 e seu § 1º, que define como circunstância atenuante do crime o fato de “não ter havido no delinqüente pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar”

Mas, este último dispositivo estava muito distante de uma definição aceitável de crime culposos. E tal omissão não passou incólume ao azedume doutrinário, como podemos observar no seguinte comentário feito por Tobias Barreto: “o § 1º do artigo 18 tem sido e continua a ser uma fonte inesgotável de disparates na aplicação penal. A não-existência de pleno conhecimento do mal e direta intenção de o praticar, a que ele se refere, é uma hipótese de difícil verificação, que acabou por degenerar em uma espécie de lugar-comum de advogados medíocres e juizes ineptos”.⁽²¹⁾

Somente após ultrapassados quarenta anos de vigência do Código Criminal do Império é que o legislador, por força da Lei de 20 de setembro de 1871, inseriu naquele diploma os chamados crimes “meramente culposos”, porém, restringindo a admissibilidade aos delitos de homicídio e de ferimento

De todo modo, essa brevíssima referência tão-somente confirma a perfeita sintonia da lei penal com as idéias proclamadas por Bentham, bem como serve de indicativo da existência de outras causas que retiravam do julgador a possibilidade de aplicar penas, além das justificações propriamente ditas, as quais passaremos a examinar nos itens que se seguem

7. Crimes justificáveis (excludentes)

No dizer do Código Criminal de 1830, as circunstâncias que afastam o caráter ilícito de um comportamento humano recebem a denominação de “crimes justificáveis”. O legislador não se utilizou de expressões mais conhecidas como causas de justificação ou causas justificativas. Aliás, a escolha terminológica inserida no Código era defendida por alguns sob o argumento de que o preceito legal (art. 1º, §§ 1º a 6º) não cuidava de causa ou circunstância que justifique o crime, mas do exercício de um direito que não pode sofrer imputação.⁽²²⁾

(21) Ob. cit., “Menores e loucos”, pág. 90

(22) ALVES JÚNIOR, Thomaz. Ob. cit. tomo I, pág. 263

Na legislação moderna, tais circunstâncias denominam-se “causas excludentes da ilicitude”,⁽²³⁾ embora muitos ainda as identifiquem como “causas de exclusão da antijuridicidade”.

Pode suceder que a infração penal, abstratamente descrita na legislação, em determinadas condições, dignas de verificação no caso concreto, deixe de ser violação à lei. Isto ocorre em duas situações: a) quando a ação humana não é considerada criminosa; b) no caso de ser criminosa, por razões de política criminal, torna-se isento de punição o autor da infração.

Em tais hipóteses acham-se presentes as causas excludentes, assim ditas porque excluem a ilicitude do fato. Francisco de Assis Toledo define as causas excludentes como “autênticas normas permissivas, portanto, tipos permissivos ou justificadores autônomos”⁽²⁴⁾

Assim sendo, é possível falar, v.g., da existência do “tipo legal de crime” do homicídio como também do “tipo legal justificador ou permissivo” da legítima defesa. Por força da excludente, elimina-se o caráter criminoso do fato cometido ao abrigo dela, e desse modo o fato transforma-se em um lícito penal. Consequentemente, não há crime nem pena no ato humano justificado.

8. As causas de justificação no Código do Império

“Dos crimes justificáveis”

Art 14 Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle:

§ 1ª Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.

Para que o crime seja justificavel, neste caso, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos

1ª certeza do mal que se propôz evitar;

2ª falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

3ª probabilidade da efficacia do que se empregou

§ 2ª Quando fôr feito em defesa da propria pessoa ou de seus direitos

§ 3ª Quando fôr feito em defesa da familia do delinquente.

Para que o crime seja justificavel nestes dous casos, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos

1ª certeza do mal que os delinquentes se propuzerão evitar;

2ª falta absoluta de outro meio menos prejudicial,

3ª o não ter havido da parte delles, ou de suas familias, provocação ou delicto que occasionasse o conflicto.

(23) Assim denominadas pela “Nova Parte Geral do Código Penal”, Lei nº 7.209, de 11.7.1984 art. 23.

(24) “Ilicitude penal e causas de sua exclusão”, pág 18

§ 4ª Quando fôr feito em defesa da pessoa de um terceiro.

Para que o crime seja justificavel, neste caso, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos

1ª certeza do mal que se propôz evitar;

2ª que este fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou,

3ª falta absoluta de outro meio menos prejudicial;

4ª probabilidade da efficacia do que se empregou.

Reputar-se-há feito em propria defesa ou de um terceiro o mal causado na repulsa dos que de noite entrarem ou tentarem entrar nas casas em que alguém morar ou estiver, ou nos edificios ou pateos fechados a ellas pertencentes, não sendo casos em que a lei o permite.

§ 5ª Quando fôr feita em resistencia á execução de ordens illegaes, não se excedendo os meios necessarios para impedi-la.

§ 6ª Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discipulos, ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle não seja contraria ás leis em vigor.⁽²⁵⁾

9. Repulsão de um mal mais grave

Versam os dispositivos retromencionados (art. 14 e seus parágrafos) sobre o ponto nuclear deste trabalho, e a reprodução dos mesmos foi feita com o intuito de propiciar ao leitor a oportunidade de conferir e constatar, por si próprio, a perfeita sintonia que há entre alguns dos ideais que nortearam a criação do princípio da utilidade, edificado por Bentham (ver nº 4 *retro*), e os inovadores preceitos que referido diploma legal introduziu no mundo jurídico.

É certo que o renomado pensador procedeu a classificação dos meios de justificação ou das causas justificativas, valendo-se de uma forma mais abrangente, a ponto de enumerá-las da seguinte forma: 1ª Consentimento; 2ª Repulsão de um mal mais grave; 3ª Prática médica; 4ª Defesa própria; 5ª Poder político; 6ª Poder doméstico.

Na verdade, do rol de tais justificativas o Código não aproveitou o “consentimento”, a “prática médica” e o “poder político”.⁽²⁶⁾ Porém, ao adotar as outras três – “repulsa a um mal mais grave”, “defesa” e “poder doméstico” – concretizou de vez a subsunção do diploma penal à teoria do utilitarismo.

(25) In “Códigos Penais do Brasil: evolução histórica” PIERANGELLI, José Henrique. págs 168-169.

(26) Sobre o desprezo destas justificativas pelo legislador da época. Thomaz Alves Júnior assim se expressou: “Bem procedeu o legislador em não contemplar o consentimento da parte offendida porque em these não comprehendemos que o crime deixe de ser crime em circumstancia alguma: portanto, o consentimento ou o perdão do offendido não o pôde justificar nem fazer desaparecer.

Essa conclusão pode ser novamente reafirmada na medida em que se verifica, desde logo, que o § 1º do artigo 14, estabelece que o crime será justificável quando for feito pelo delinqüente para evitar mal maior. Isto, sem dúvida, corresponde ao segundo meio da classificação acima anotada ("repulsão de um mal mais grave"), pois o legislador nega punição e aceita como justificável o crime, quando este tenha sido cometido para evitar mal maior.

A sintonia se fortalece na medida em que referida justificação somente podia produzir seus regulares efeitos quando constatada a presença de uma tríplice conjugação de fatores indispensáveis, já chamados pelo legislador imperial de "requisitos", a saber: a) era mister que o mal que se buscava evitar de fato existisse (certeza do mal); b) que não houvesse outro meio prejudicialmente menor, capaz de ser utilizado no intento de evitar a ocorrência do mal maior; c) que o mal empregado representasse uma medida provavelmente eficaz.

A única diferença, por assim dizer, é que Bentham reclamava "eficácia certa" enquanto o legislador contentou-se com a "probabilidade da eficácia", o que no dizer de Thomaz Alves Júnior, representava crédito para a redação do Código,⁽²⁷⁾ dada a dificuldade, senão a impossibilidade, de se obrar com certeza plena em determinadas situações concretas.

9.1 Estado de necessidade

Em verdade, referido preceito versava sobre o "estado de necessidade". E isto se evidencia nas próprias palavras de Bentham: "um remédio desta natureza é grave, quanto mais é mister que sua necessidade seja evidente".

Mesmo não sendo assim identificada (estado de necessidade) pelo legislador do início do século XIX, o certo é que essa causa de justificação, *mutatis mutandis*, confere com os princípios extraídos do velho brocardo romano *necessitas legem non habet* (a necessidade não faz lei). Diante do perigo, não procurado pelo agente, em busca de salvamento, pode legalmente prejudicar outrem, desde que o mal praticado seja menor que o mal evitado.

Se entre nós dá-se este facto é porque o Código reconhece duas espécies de crimes publicos e particulares dando nestes quando afiançáveis o direito de accusação só á parte offendida e então é claro que abandonando esta ou desistindo não há punição. Mas isto não é porque o offensor esteja nas justificativas do art. 14 e seus paragraphos ampliadas por Bentham e sim porque em tal caso não há accusação a lei não a consagra.

Tambem não devia apresentar como justificativa a pratica medica porque, sendo o exercicio da medicina regulado por lei a essa compete determinar quaes os requisitos que deve ter aquelle que a exerce quaes as faltas que commette quaes as penas em que incorre

Finalmente o poder politico onde reside o direito de legislar, de crear a sancção e de executar a lei não podia ser considerado na hypothese do art. 14 porque elle encerra um principio absoluto sobre o qual se basea toda a legislação penal" (ob. cit., tomo I, págs 287-288)

(27) Ob. cit. tomo I pág 266

Tais condições provinham de pensamentos que predominavam entre os juristas da época, podendo ser assim resumidos: a) se não havia certeza do mal, o que então o agente visava evitar? b) existindo outro meio de menor efeito prejudicial, não se configurava o mal menor; c) não sendo eficaz o meio empregado, é claro que também não se evitaria mal maior.

Era mister a satisfação de tais requisitos para não se infligir ao autor do fato o mal que a punição certamente produz. Contudo, a exigência da presença de tais condições, para efeito de se reconhecer a justificação do crime pelo estado de necessidade, sofreu críticas posteriores.

Pregava-se que "no estado de necessidade não tem império algum as normas jurídicas. Aí dominam como absolutas as leis animais da luta pela existência; o fato da colisão involuntária de dois direitos, das duas vidas não revela temibilidade alguma em qualquer das duas partes empenhadas nela; por isso a sociedade não tem razão de desejar antes um êxito que um outro"⁽²⁸⁾ como sucede na legítima defesa, em cujo caso o interesse do ofendido coincide com o interesse social, que é o de sua própria sobrevivência.

Essa falha torna-se ainda mais expressiva no pensamento crítico de Candido Motta Filho, na medida em que a norma em comento não apresenta solução para os conflitos de bens de idêntico valor, como se dá no exemplo da tábua de salvação.⁽²⁹⁾

9.2 O balanço de bens

Nem por isso, entretanto, perdeu a regra a conotação que lhe foi atribuída, isto é, de ser inovadora e de representar um grande avanço para a ciência penal, tendo em vista os padrões culturais e socioeconômicos da sociedade daquela época.

Aliás, como bem ressalta o Professor Miguel Reale Júnior, o Código Criminal do Império teve a primazia de antecipar o acolhimento da teoria de balanço de bens, cujo princípio foi inicialmente traçado no século passado, por Binding – que defendeu a legitimidade da ação realizada em situação de necessidade, por ser legítima a ação que salvaguarda o bem de maior valia –, depois desenvolveu-se nos estudos dos penalistas franceses Moriaud e Marchand – que o tomaram como critério para solução de situações de necessidade, nas quais o sacrifício de um dos bens é imprescindível à salvação do outro –, e mais tarde ganhou plena acolhida na Alemanha, por meio de sua aplicação jurisprudencial.⁽³⁰⁾

(28) ARAUJO, João Vieira de. Ob. cit. vol II, pág. 26

(29) "Do estado de necessidade" pág. 138.

(30) "Teoria do delito". págs. 243-247

Para Candido Motta Filho, a adoção da teoria objetiva do balanço de bens pelo Código de 1830 é fruto da influência da filosofia utilitarista de J. Bentham, segundo a qual a virtude está no sacrifício de um interesse menor a um interesse maior, de um interesse momentâneo a um interesse durável, de um interesse duvidoso a um interesse certo⁽³¹⁾

É certo, porém, que a redação do dispositivo (§ 1º do art. 14) deixava um caminho aberto para eventual instalação do debate, notadamente na situação concreta em que fosse necessário sopesar direitos ou interesses individualizados postos em choque, para daí qualificá-los como sendo um mal maior e outro mal menor.

Com efeito, o critério legal de valoração dos bens é vago e inseguro. Por isso que a doutrina moderna reformulou essa dogmática, e aí se impõe o entendimento abalizado de Miguel Reale Jr, segundo o qual, um mal será tido como inferior a outro levando-se em consideração não só a pena que é cominada a ambos, mas, também, a natureza dos males, tendo em vista os fatores particulares e ético-sociais em que se dá o conflito.

O decisivo, como acentua o culto Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é o caso particular. "Os bens não podem ser confrontados apenas em face da fria disposição legal, considerados isoladamente da circunstância em que se dá o conflito, e independentemente dos seus titulares. A sanção imposta não pode servir como critério através do qual se valore bens em conflito, pois constitui um critério abstrato"⁽³²⁾

10. Justificação dos crimes em defesa

No *Codex* em exame (art. 14), ainda se encontram as justificativas dos crimes "em defesa" da própria pessoa ou de seus direitos (§ 2º); "em defesa" da família do delinquente (§ 3º); e "em defesa" da pessoa de um terceiro (§ 4º).

O elemento subjetivo que comanda tais causas de exclusão do ilícito (ou de antijuridicidade) consiste na indispensável intencionalidade de se defender, que os romanos chamavam de *animus defendendi*. Na luta biológica pela perpetuação da espécie, para salvar a sua vida, ou a de outrem, ou ainda salvar os seus bens, o homem tem o direito de reagir contra o seu agressor, ainda que de modo violento.

Cuida-se de um direito natural, próprio da natureza racional do homem. Na classificação dada por Bentham, acima mencionada, a "defesa própria" aparece como quarta justificativa, e de acordo com o seu pensar, a sociedade, no progresso de suas idéias e instituições pode enfraquecer a sua prática, limitar

(31) "Do estado de necessidade" pág. 135; (remissão à J. Bentham. "*Traité de législation civile et pénale*", t. I, pág. 29)

(32) "Teoria do delito", págs. 251-252

o direito de defesa, nunca, porém, riscá-lo dos Códigos, porque assim procedendo o legislador se tornaria cúmplice dos maus.

Vejamos então alguns dos seus aspectos.

A defesa da própria pessoa, ou a defesa em prol de seu familiar, ou ainda, a defesa de seus direitos (§§ 2º e 3º), tornava justificável o crime, desde que presentes três requisitos, a saber: a) a certeza do mal que se pretende evitar; b) a falta absoluta de outro meio menos prejudicial; c) não ter o autor do fato, ou seu familiar, agido de forma provocativa e nem praticado delito que desse causa ao conflito.

Exigia-se que a certeza do mal que se quer evitar, isto é, se o mal já passou não se falava "em defesa", mas em vingança, o que já não era mais tolerado pelo legislador.

Por outro lado, o requisito assinalado na letra *b* acima demarcava os limites da defesa, ou seja, esta não devia ultrapassar a força do ataque, ou, por outras palavras, exigia-se a moderação no agir e o excesso não era permitido.

Já o terceiro requisito (letra *c*) combinava com a exigência de ser a agressão injusta, não provocada.

Com relação ao crime realizado em defesa da pessoa de um terceiro (§ 4º), é de assinalar, primeiramente, a frase dita por Bentham: "convém à salvação comum que todo o homem de bem se considere protetor natural de seu semelhante".

A justificação em tela surgiu na história como complemento da legítima defesa própria. Para ser reconhecida, no caso do Código Criminal do Império, a justificativa reclamava a satisfação de quatro requisitos, a saber: a) certeza do mal; b) falta absoluta de outro meio menos prejudicial; c) eficácia da medida; d) que o mal que se pretendia evitar fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou.

Destes, três já foram comentados acima. O único requisito ainda não abordado é o referido na letra *d*, ou seja, que o mal que se pretendia evitar fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou. Repete-se, neste caso, a possibilidade de se formar a discussão em torno de como sopesar e distinguir adequadamente, num caso concreto, dentre os males conflitantes, o que fosse maior, ou menor, ou igual a outro.

Há mais uma causa justificadora dos crimes praticados "em defesa". Como nota complementar ao § 4º do citado artigo 14, o legislador diz que reputar-se-á "em defesa própria ou de um terceiro o mal causado na repulsa" à invasão da propriedade (ou na tentativa desta), fora dos casos permitidos em lei. Deduz-se, então, que a justificativa não prevalecia nos casos em que a entrada era permitida por lei. De se notar, ainda, que a norma permissiva justifica o mal (repulsa) que é cometido com o fito de evitar outro mal (invasão), o que, de forma reiterada, confirma a aplicação da teoria do utilitarismo.

Sobre a estrutura da legítima defesa assim caracterizada, ou seja, como causa justificativa de caráter geral ou simplesmente ser uma excludente genérica, visto que ultrapassados os limites de sua restrita referência ao crime de homicídio, acompanhando o pensamento de Miguel Reale Jr., podemos acrescentar que a opção adotada pelo legislador convergiu para a construção de diversos tipos de legítima defesa, pois, enquanto no artigo 14, §§ 2º e 3º, cuidou-se de estabelecer os requisitos da defesa própria da própria pessoa ou de seus direitos ou em defesa da família, no § 4º do mesmo artigo, explicitou-se os requisitos da legítima defesa de terceiro⁽³³⁾

Convém assinalar, ademais, que o legislador do Império não se utilizou da expressão "legítima defesa", tão usual no Direito atual, a ponto de ser identificada como verdadeiro sinônimo de excludente de ilicitude (ou de antijuridicidade)

A propósito disto, o Professor Reale indaga: por que não bastaria a locução genérica "legítima defesa"? E ele próprio a responde dizendo que a inclusão de dados característicos da situação de legítima defesa é exigida como valoração do real. Além da necessidade de defesa como natural do homem, requer-se a quem age em defesa própria, mas subsidiariamente em defesa da lei, que use dos meios necessários com moderação.⁽³⁴⁾

Lembre-se, afinal, que uma vez formulada a alegação no sentido de ter sido o crime praticado "em defesa", impunha-se apresentar quesito específico ao *jury* sobre a justificação do crime, sob pena de nulidade da decisão. É o que se extrai da jurisprudência: "*É nulidade não se ter feito quesito de justificabilidade do crime, quando do interrogatório do réu consta ter sido allegada em defeza*" (Ac. Rel. S. Paulo, 17 de dezembro de 1875, "O Direito", vol. IX, pág. 567)⁽³⁵⁾

11. Resistência à execução de ordem ilegal

Será o crime justificável e não será punida a ação quando feita em resistência à execução de ordens ilegais, desde que não excedidos os meios necessários para impedi-la (é o que se extrai do § 5º do art. 14 do Código Criminal do Império).

Para melhor compreensão dessa causa de justificação é mister entender o que são ordens ilegais, e é o próprio Código que nos oferece a definição nos seguintes termos: "*São ordens e requisições illegaes as emanadas de autoridade incompetente, ou destituídas das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou manifestamente contrarias á lei*" (art. 143)

(33) "Teoria do delito", pág. 219.

(34) "Teoria do delito", pág. 220.

(35) ARAUJO, João Viciro de. Ob. cit., vol. II, pág. 40.

Destaarte, se um mandado de prisão fosse expedido pelo juiz de paz, a ordem não poderia ser cumprida em face da incompetência de tal autoridade (Lei de 3 de dezembro de 1841). De outro vértice, se o mandado de prisão apresentasse algum vício formal (não declarar o crime, não for escrito pelo escrivão e assinado pelo juiz, não for dirigido ao oficial de justiça etc.), não devia ser executado. E se a ordem for *contra legem*, evidente que também não deverá ser atendida.

O exercício do direito de defesa, em qualquer dessas hipóteses, é perfeitamente claro e justo, pois o próprio Código não só pune quem expede ou faz requisição ilegal, como quem a executa (art. 142). A única ressalva feita sobre esse direito diz respeito ao emprego de meios necessários que visam impedir o cumprimento da ordem, visto que o excesso, cometido no caso de resistência, afasta a justificativa.

12. A justificação do castigo

Também não se pune o mal causado pela aplicação de castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos, desde que a "qualidade" do castigo não contrarie as leis em vigor (§ 6º do art. 14 do Código Criminal do Império).

O dispositivo em questão abraça a sexta justificativa relacionada por Bentham, denominada "poder doméstico". Por essa causa defendia-se a existência do poder legítimo de fazer mal para reprimir o mal, próprio do exercício da autoridade conferida ao pai, ao senhor e ao mestre que podiam castigar o filho, o escravo e o discípulo. O mal infligido a um destes era chamado de castigo.

Tal justificativa corresponde ao que hoje denominamos de "exercício regular de direito".⁽³⁶⁾ Cada uma dessas pessoas exercia a *potestas* em relação a filhos, escravos e discípulos, e, por via de consequência, gozavam de amparo legal para aplicar-lhes os corretivos necessários e moderados.

A redação desse parágrafo, num certo ponto, provocou discussões no que tange à interpretação do que seja "castigo moderado", visto que indefinido na lei, o que dava ensejo a contestações. Mas, a justificação não seria confirmada no caso de exercício irregular do direito, ou seja, quando o castigo, ainda que aplicado de forma moderada, fosse contrário às leis em vigor. Nesse sentido, vejamos o exemplo citado por Thomaz Alves Júnior: "*se pelo regulamento da instrução pública são proibidos castigos corporaes, o mestre que os infligir com toda a moderação não pode justificar-se, porque o castigo, embora moderado, teve uma qualidade que a lei proibia*"⁽³⁷⁾

(36) Cf. art. 23 III, segunda parte, da Nova Parte Geral do Código Penal.

(37) Ob. cit. tomo I, pág. 285.

13. Conclusão

Feita esta perfunctória análise sobre alguns pontos relevantes do Código Criminal do Império, mister reconhecer que desse emaranhado de conceitos jurídicos e normas que marcaram época no Direito Penal brasileiro, sobressai uma lição de marcas profundas, que pode ser assim sintetizada: os objetivos visados pelo Direito Penal e conseqüente legislação não se prendem tão-só à aplicação mecânica de instrumentos sancionadores, mas se afinam com o escopo de acomodar o direito de punir estatal a um critério superior de utilidade da própria punição, absolutamente compatível com o sentimento comum de justiça.

Em outras palavras, a ciência penal, assim como já demonstraram os cultores do Direito do século XIX, está impregnada de um cunho filosófico que pressupõe a sua valorização como instrumento útil e necessário no combate que se trava contra o crescimento do mal.

Nesse sentir, a punição do indivíduo só tem sentido se for eficaz e se dela for possível tirar proveito para a sociedade.

Por isso, as causas de justificação – ou as excludentes – contemplam a garantia de liberdade do homem ao expurgar a ilicitude do ato. Afinal, tudo isto bem revela a sublime missão do Direito Penal, qual seja, a de efetivar a supremacia da felicidade coletiva, isto é, concretizar a superioridade do bem sobre o mal.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES JÚNIOR, Thomaz. "Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal". Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & Cia., tomos I e II. 1864.
- ARAUJO, João Vieira de. "Codigo Penal commentado theorica e praticamente". Rio de Janeiro: Laemmert, vols. I e II, 1896.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. "Ilícitude penal e causas de sua exclusão". Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente de. "O centenário do Código Criminal". Revista "Justitia", vol. 109, págs. 19-37, 1980.
- BARRETO, Tobias. "Estudos de Direito II". Sergipe: Record, 1991.
- BENTHAM, Jeremy. "Uma introdução aos princípios da moral e da legislação". [Tradução de Luiz João Baraúna]. São Paulo: Abril Cultural. Coleção "Os pensadores", vol. XXXIV, 1974.
- CÂMARA, José. "Subsídios para a história do direito pátrio". Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 1954.
- CASTRO, Viveiros de. "A nova escola penal". Rio de Janeiro: Livraria Moderna, 1894.
- DONNICI, Virgílio. "A criminalidade no Brasil (meio milênio de repressão)". Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GARCIA, Basileu. "Instituições de Direito Penal". S. Paulo: Max Limonad, vol. I, s.d.
- MAZZEO, Antonio Carlos. "Estado e burguesia no Brasil. Origens da autocracia burguesa". Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1989.
- MOTTA FILHO, Cândido. "Do estado de necessidade". São Paulo, 1938.
- PIERANGELLI, José Henrique. "Códigos Penais do Brasil – evolução histórica". São Paulo: Jalevi, 1980.
- REALE JÚNIOR, Miguel. "Antijuridicidade concreta". São Paulo: Bushatsky, 1974.
- _____. "Teoria do delito". São Paulo: RT, 1998.
- SARAIVA, José Hermano. "História concisa de Portugal". Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1995.